

## UNA DEFENSA DE LA MORAL INTERNA DEL DERECHO

Federico Arcos Ramírez

*Universidad de Almería*



ESE a abordar otras muchas y diversas temáticas, la figura de Lon Fuller aparece estrechamente unida a su conocida tesis de la *moral interna del derecho*, que ha terminado por convertirse en uno de los hitos más importantes del pensamiento jurídico angloamericano de la segunda mitad de este siglo y en referencia casi obligada en cualquier estudio sobre las dimensiones éticas de los sistemas jurídicos. Con su defensa, Fuller estaba convencido de haber hallado en los principios del *rule of law* un punto de intersección entre el ser y el deber ser jurídico que vendría a poner en entredicho al positivismo jurídico y su defensa de la separación entre el derecho y la justicia. La aparición de esta novedosa propuesta y el debate que la misma suscitó fueron algunos de los factores que más destacadamente contribuyeron a revitalizar y actualizar el estudio de las relaciones entre el derecho y la moral, anticipando y, en cierta medida, impulsando un tipo de reflexión que ha terminado por dominar gran parte de las inquietudes del pensamiento jurídico contemporáneo.

La originalidad y el carácter de las tesis fullerianas fue pronto acompañado de una rica e interesantísima literatura crítica de la que formaron parte algunas de las más destacadas voces de la Filosofía del Derecho angloamericana de la segunda mitad de este siglo, como H. Hart, R. Dworkin, R. Summers o D. Lyons, los cuales, en general y, pese a atacar con más o menos dureza sus principales propuestas teóricas, reconocieron el atractivo de la concepción fulleriana del sistema jurídico. Pese a que ésta quedó seriamente afectada por la devastadora crítica de Hart y a que no han sido muchos los que se han adherido a las tesis más ambiciosas del profesor de Harvard, lo cierto es que no han faltado quienes se han sentido atraídos por el planteamiento defendido por Fuller y procurado nuevos y mejores argumentos que los empleados por éste para justificar la existencia de una conexión algo más que contingente entre el derecho y la moral. De ahí que pueda percibirse un renovado interés por la figura del profesor estadounidense, del que son claros indicios el monográfico que en 1994 le dedicara la revista *Law and Philosophy* y la reedición y comentario del relato *Los Exploradores de Cavernas* que llevó a cabo en 1999 la *Harvard Law Review*.

Por lo que se refiere a la Filosofía del Derecho en España, las referencias a Fuller han sido más bien escasas, produciéndose, en el mejor de los casos, de manera colateral, en algunas importantes monografías sobre el pensamiento de Hart<sup>1</sup> en las que, como parece lógico, tan sólo se analizan las principales líneas de la polémica sostenida entre los profesores británico y estadounidense. Esta carencia ha sido, no obstante, brillantemente paliada con la reciente publicación de un trabajo sobre el positivismo y *la moral interna del derecho* a cargo de Rafael Escudero, con total seguridad, uno de los mejores estudios actualmente existentes sobre el tema<sup>2</sup>.

Este autor aborda una doble dimensión de *la moral interna del derecho*: por un lado, la necesidad o no de su concurrencia para sostener la existencia de un sistema jurídico; por otro, el polémico aspecto de su carácter moral. R. Escudero llega a la conclusión de que *la moral interna del derecho* es compa-

---

<sup>1</sup> Me refiero a J. A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989, y, sobre todo, a J. R. DE PÁRAMO, *H. L. Hart y la teoría analítica de Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, en especial pp. 340-356.

<sup>2</sup> R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y Moral Interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000. Aprovecho esta mención para agradecer a Rafael Escudero su amabilidad para poner a mi disposición su trabajo con anterioridad a su publicación y comentar algunas de las tesis defendidas en el mismo durante una estancia en la Universidad Carlos III.



tible con el positivismo jurídico ya que, pese a representar la existencia de una mínima eticidad en todo sistema jurídico, ello no es suficiente para sostener una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Ello no es óbice para que el autor, en la línea de lo que considera implícito en el positivismo metodológico, o de lo que el profesor Peces-Barba estima más propio del que denomina positivismo abierto o corregido<sup>3</sup>, reconozca que la presencia de los elementos de *la moral interna del derecho* proporciona una serie de dimensiones a valorar y tener en cuenta a la hora de predicar la moralidad de los sistemas jurídicos<sup>4</sup>; más concretamente, la introducción de justicia formal, la limitación del poder y el respeto a la autonomía individual. Ello no es, empero, suficiente para que Escudero admita que los principios de la legalidad posean un valor moral intrínseco y que deban ser llamados una moralidad.

Frente a tal opinión, este trabajo pretende ofrecer algunas razones con las que sostener que la presencia de dichas dimensiones de moralidad podría permitir defender la existencia de una cierta conexión necesaria entre el derecho y la justicia. La misma no sería ni tan fuerte como la soñada por Fuller, ni tan débil como la pretendida por Hart, pero lo suficientemente importante como para defender que *la moral interna del derecho* podría ser calificada, en un cierto sentido, como una moralidad. Por otra parte, se intentarán ofrecer algunas claves políticas y jurídicas para, si no justificar, al menos contextualizar e intentar mejorar la comprensión de algunos aspectos clave de dicha teoría.

## 1. LA MORAL QUE HACE POSIBLE AL DERECHO

Un punto de partida adecuado para comprender el sentido de *la moral interna del derecho* se encuentra en «Positivism and Fidelity to Law», un trabajo en el que Fuller pretende poner de manifiesto algunas de las principales contradicciones del positivismo jurídico analítico defendido, fundamentalmente, por H. Hart. Una de las constantes de dicho artículo es llevar hasta sus últimas consecuencias la crítica del profesor de Oxford a la teoría imperativa de Austin. Según Hart, la descripción del sistema jurídico exige dar cuenta no sólo de los imperativos dictados por un legislador sino, fun-

---

<sup>3</sup> G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, «Prólogo» en R. ESCUDERO, *Positivismo jurídico y moral interna del derecho*, cit. p. 16.

<sup>4</sup> *Ibíd.*, p. 418.



damentalmente, de ciertas reglas aceptadas sobre la producción jurídica que aquél ha de observar. Para Hart, estas reglas no son órdenes habitualmente obedecidas, ni pueden expresarse como hábitos de obediencia hacia personas. En realidad, dichas directivas se encuentran en la raíz de un sistema jurídico<sup>5</sup>. Como es sabido, la constatación de este dato no le conducirá a sostener que, ni dichas reglas, ni su aceptación posean necesariamente carácter moral, esto es, que el punto de vista interno exija una adhesión fuerte de los órganos primarios y secundarios a tales normas, ni que, por tanto, el fundamento de un sistema jurídico deba ser la moral, sino, simplemente, una especie de práctica o costumbre que puede sustentarse en el mero hábito, la inercia e, incluso, la comodidad<sup>6</sup>.

A Fuller le sorprende que Hart, pese a constatar que la descripción de un sistema jurídico no puede llevarse a cabo sin incluir la aceptación de las normas sobre la producción jurídica, no llegue a cuestionar la tesis de la separación entre el derecho y la moral y a reconocer que tales reglas no parecen jurídicas sino morales, ya que derivan su eficacia de una aceptación general que, en último término, descansa en la percepción de que son correctas y necesarias<sup>7</sup>. Como señala De Páramo, el profesor americano opina que Hart, al abandonar la teoría imperativa (basada en los conceptos de «soberano», «sanción» y «obediencia habitual»), no puede mantener la separación es/debe en el fundamento del ordenamiento jurídico<sup>8</sup>. Hart padece la misma incapacidad de todos los positivistas para reconocer que, en última instancia, el derecho se hace posible en virtud de normas que no forman parte del mismo y para analizar, en consecuencia, la naturaleza de dichas normas.

Este doble objetivo es, precisamente, el que Fuller intenta acometer a través de expresiones como «la moralidad interna del mismo derecho», «la moralidad del derecho mismo» y «la moralidad del orden». Por medio de ellas pretende poner de manifiesto que tanto estas normas como la actividad dirigida a establecerlas y aplicarlas sobrepasan las coordenadas del derecho para adentrarse en las de la moral, derrumbándose así la separación entre ser y deber ser jurídicos que tan convencidamente defiende Hart. Por-

---

<sup>5</sup> H. HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals», en J. FEINBERG & H. GROSS (eds.), *Philosophy of Law*, 4.ª ed, Wadworth, Belmont, 1991, p. 53.

<sup>6</sup> H. L. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 144.

<sup>7</sup> L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law- A reply to professor Hart», *Harvard Law Review*, 71, 1958, p. 639.

<sup>8</sup> J. R. DE PÁRAMO, *H. L. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. 343.

que, de acuerdo con Fuller, hay varias razones por las que el derecho no puede ser construido en el propio derecho. En primer lugar, la autoridad para crearlo debe ser sostenida por actitudes morales que le atribuyan la competencia que reclama. Aquí estaríamos tratando con la moral externa al derecho, que hace posible al derecho. Pero esto no es suficiente. También es necesario que la norma básica del sistema designe a dicha autoridad como la única fuente posible de derecho y que el legislador esté dispuesto a aceptar la moral interna del propio derecho<sup>9</sup>.

En «Fidelity to Law» se mencionan algunas de las exigencias integrantes de *la moral interna del derecho*, pero se trata de una exposición meramente patológica de las mismas realizada, fundamentalmente, para poner de manifiesto su grave deterioro en la Alemania nazi (leyes retroactivas y secretas, violación del derecho por los poderes públicos, etc)<sup>10</sup>, un exponente claro de que el deterioro de las exigencias del *rule of law* va estrechamente unido a una perversión de los fines y contenidos materiales del sistema jurídico. Aunque este énfasis patológico sigue en parte dominando en el primer epígrafe del capítulo segundo de *The Morality of Law* titulado «Ocho formas de fracasar en la creación del derecho», el mismo resulta moderado con el enunciado también allí del famoso listado de los principios de *la moral interna del derecho*: generalidad de las normas, promulgación, irretroactividad, claridad, coherencia normativa, posibilidad de cumplimiento, estabilidad y congruencia entre la acción oficial y la ley declarada<sup>11</sup>.

Además de realizar un examen sobre la función y las proyecciones que posee cada una de las exigencias que conforman el mencionado catálogo, la intención que anima el conjunto de dicha obra gira en torno a los dos siguientes objetivos. Por un lado, poner de manifiesto que los ocho cánones en cuestión representan condiciones de validez y poseen, pues, un carácter jurídico constitutivo. Por otro lado, resaltar que disfrutan de un valor moral intrínseco. Fuller conectará ambas dimensiones calificando los principios de *la moral interna del derecho* como «una versión procesal del Derecho Natural»:

«lo que yo he llamado la moral interna del derecho es, en este sentido, una versión procesal del Derecho Natural ... el término procesal es adecuado de

<sup>9</sup> L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law...», cit., p. 645.

<sup>10</sup> Ibidem, pp. 648-657.

<sup>11</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, 1.ª edic., trad. de F. Navarro, Trillas, México, 1964, p. 49.

una manera general para indicar que lo que nos importa no son los objetivos sustantivos de las normas legales, sino las formas en que debe ser creado y administrado un sistema de leyes para gobernar la conducta humana si ha de ser eficaz y desea al mismo tiempo seguir siendo lo que pretende ser»<sup>12</sup>.

Fuller emplea este lenguaje iusnaturalista precisamente con la intención de sostener que el ser (la validez) y el deber ser (la moralidad) tienen un punto de confluencia en los principios señalados y en el fin perseguido por el derecho. Este último es un elemento clave de la propuesta de Fuller, dado que no se limita a postular el valor constitutivo a la vez que moral de los ocho cánones, sino que vincula ambas dimensiones a un concepto teleológico de ordenamiento jurídico que introduce en un epígrafe inmediatamente siguiente: el que lo define como «la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas»<sup>13</sup>. Es más, tal y como señala Hart, la fuerza de la palabra «interna» busca acentuar el hecho de que dichas formas de excelencia jurídica que son los desiderata de la legalidad no derivan de principios de justicia u otras exigencias de moral externa relativas a los objetivos o contenidos sustantivos del sistema jurídico, sino que son alcanzadas a través de una consideración realista de lo que es necesario para una ejecución eficiente del fin de guiar la conducta humana por medio de reglas<sup>14</sup>.

A partir de esta concepción teleológica del derecho, Fuller compara la moral interna con las leyes naturales de la carpintería, «que son aquellas que respeta el carpintero que quiere que la casa que construya se mantenga en pie»<sup>15</sup>. Sin embargo, a diferencia de la carpintería, la empresa a la que Fuller llama derecho conlleva un esfuerzo para cuya comprensión «debemos entender que muchos de sus problemas característicos son morales por naturaleza»<sup>16</sup>. No cabe duda, pues, de que Fuller está convencido del carác-

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, pp. 110-111. Es decir, Fuller no acepta la existencia de una separación rígida entre los fines y los medios de las diferentes formas de regulación de las que se vale el derecho, ya que considera que ambos poseen una conexión interna con estas últimas. Como señala Summers, en Fuller los fines y los medios interactúan. Los objetivos indican provisionalmente los medios; los medios indican entonces alguna reformulación de los fines. La estructura de un fin puede estar tan íntimamente asociada con los medios específicos que éstos y los fines no pueden distinguirse entre sí. Así, la deseabilidad de un fin depende no sólo de su posible valor intrínseco, sino también del posible costo de los medios empleados para lograrlo. R. SUMMERS, «Profesor Fuller's jurisprudence and American dominant Philosophy of Law», *Harvard Law Review*, 92, 1978, p. 438

<sup>13</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., p. 110.

<sup>14</sup> H.L. HART, «Lon Fuller: *The Morality of Law*» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 347.

<sup>15</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., p. 110.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 121.

ter moral de los mencionados principios, por lo que la atribución de dicha calificación no es una simple licencia literaria, sino una afirmación consciente e intencionada. Así lo declara él mismo cuando, a lo largo del capítulo IV de la primera edición de *The Morality of Law*, sostiene que ha tratado de mostrar que *la moral interna del derecho* merece llamarse realmente «moral»<sup>17</sup>.

## 2. EL VALOR MORAL DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEGALIDAD

Para R. Escudero, el primero de los argumentos en los que Fuller vendría a sustentar el carácter moral de los principios de la legalidad es la calificación de estos últimos como una versión procesal del Derecho Natural<sup>18</sup>. De acuerdo con este autor, mediante este particular iusnaturalismo se puede argumentar a favor de la moralidad del derecho utilizando el carácter moral de los elementos que lo diseñan y estructuran. El derecho es moral, se diría, porque está compuesto de forma necesaria por unos elementos que así lo son»<sup>19</sup>. Un iusnaturalismo que, como se indicaba anteriormente, se convierte en una de las claves para interpretar en un sentido conceptual la conexión que defiende Fuller entre el derecho y la moral.

Sin embargo, creo que la calificación de los cánones en cuestión como una versión procedimental del iusnaturalismo viene más a constatar que a explicar su consideración como exigencias morales. Al atribuirles ese estatus, se está presuponiendo su pertenencia al ámbito de la moralidad sin ofrecer ninguna razón que lo avale. Parecería mejor encaminado sostener que el primer argumento en el que Fuller comienza sustentando el carácter

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 185.

<sup>18</sup> Sobre las características y peculiaridades del iusnaturalismo fullariano *Vid.* R. ESCUDERO, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, cit., pp. 331-345; R. SUMMERS, «Professor Fuller on Morality and Law», en *Essays in Legal Philosophy: General assessments of Legal Philosophies*, Basil Blackwell, Oxford, 1986, p. 126; P. NICHOLSON, «The Internal Morality of Law: Fuller and his critics», *Ethics*, 84, 1973-74, p. 311; S. PAULSON, «Teorie giuridiche e Rule of Law», en P. COMAN-NUCCI y R. GUASTINI (coords), *Analisi e Diritto*, Giapichelli, Torino, 1992, p. 264; F. SCHAUER, «Fuller's internal Point of View», *Law and Philosophy*, 13, 1994, pp. 296-297; C.L. PALMS, «The Natural Law Philosophy of Lon Fuller», *Catholic Lawyer*, 11, 1965, pp. 117-137; G. ANASTAPLO, «Natural Right and the American Lawyer: An Appreciation of professor Fuller», *Wisconsin Law Review*, 1965, pp. 322-343; D. STURM, «Lon's Fuller Multidimensional Natural Law Theory», *Stanford Law Review*, núm.18, 1966, pp. 612-639.

<sup>19</sup> R. ESCUDERO, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, cit., p. 341.

moral de los principios de la legalidad es la noción de *reciprocidad* que se encuentra en su raíz. Tras declarar que «no puede haber una base racional para asegurar que un hombre puede tener una obligación moral de obedecer una ley que no existe o se tiene en secreto para él», Fuller presenta la observancia de los cánones de la legalidad por parte del legislador como el resultado de un pacto entre éste y los ciudadanos en el que ambos asumen sus respectivas obligaciones morales: el ciudadano, obedecer las leyes, el legislador, obedecer *la moral interna del derecho*<sup>20</sup>. Esto es, la observancia de ésta se articula sobre una base de reciprocidad de carácter moral y con una conciencia de adhesión también moral.

La segunda razón de la que Fuller se vale para defender una conexión necesaria entre *la moral interna del derecho* y la justicia sustantiva es la *afinidad* entre las exigencias de ambas moralidades. El primer desarrollo de este argumento es el siguiente extracto de la polémica que, en 1958, sostuvieron Fuller y Hart en la *Harvard Law Review*:

«El profesor Hart parece asumir que los fines malos pueden tener tanta coherencia y lógica interna como los buenos. Por lo menos yo, me niego a aceptar esta presunción [...]. Tendré que apoyarme en la afirmación de una creencia que puede parecer ingenua, a saber, que *la coherencia y el bien tienen más afinidad que aquélla y el mal*. Aceptando esta creencia, también creo que cuando los hombres son compelidos a explicar y justificar sus decisiones, el efecto será el de arrastrar esas decisiones hacia el bien ...»<sup>21</sup>.

El nexo de esa afinidad es, como destaca R. Sartorius, el de la publicidad<sup>22</sup>. El respeto de *la moral interna del derecho* garantiza a los ciudadanos una mínima certeza jurídica, ya que pueden conocer anticipadamente las normas por medio de las cuales el poder calificará sus acciones y, al mismo tiempo, los sitúa en disposición de juzgar la equidad de las mismas. Sin embargo, la explicación última de las razones por las que el respeto a los principios de la legalidad es incompatible con la elaboración de leyes injustas estriba en el contexto en el que la observancia de los primeros coloca a los poderes públicos. Como señala aquél, «aunque un hombre sea responsable únicamente ante su propia conciencia, actuará de una forma más responsable si se ve obligado a enunciar los principios por los cuales obra»

<sup>20</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., pp. 49-50.

<sup>21</sup> L. FULLER, «Positivism and fidelity to Law...», cit., p. 636 (la cursiva es añadida); ídem, *La moral del derecho*, cit., p. 176.

<sup>22</sup> R. SARTORIUS, *Individual conduct and social norms*, Dickenson, Encino, 1975, p. 170.



ya que «*el mal no puede soportar la luz del día*»<sup>23</sup>. Entendida, fundamentalmente, como la exigencia de justificar públicamente el motivo y contenido de las leyes y, no tanto, de hacerlas cognoscibles y obedecibles, la publicidad es la explicación más profunda de la afinidad entre la moralidad interna y la justicia sustantiva.

Otra de las razones para defender el valor moral de los principios de la *legalidad* es, de acuerdo con M. Krammer, que los mismos reconocen y preservan la dignidad de todo ser humano como agente dotado de autonomía<sup>24</sup>. En primer lugar, si el tratamiento jurídico que el gobierno dirige a los ciudadanos es regular y previsible, éstos gozarán de la certeza jurídica necesaria para llevar adelante sus propios planes de vida. Esta idea se respira en la primera edición de *The Morality of Law*, pero sólo encontrará un desarrollo más completo en «La Réplica a los Críticos». En segundo lugar, si bien puede admitirse que la moral legal es neutral respecto a un amplio campo de problemas éticos no lo es, por el contrario, respecto a la concepción del hombre que en ella hay implícita. Según Fuller, embarcarse en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas implica, necesariamente, comprometerse con la imagen de que el hombre es o puede ser un agente responsable, capaz de comprender y obedecer reglas y responder de sus faltas<sup>25</sup>. Es decir, la moral interna presupone un ser humano considerado como un sujeto racional, autónomo y, por ello, dotado de dignidad. De ahí que «toda desviación de sus principios sea una afrenta a la dignidad del hombre como factor responsable. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas u ordenarle que cometa un acto que es imposible, es demostrar nuestro desprecio por las facultades de libre determinación»<sup>26</sup>.

### 3. LOS CRÍTICOS DE FULLER

Como es sabido, existe una unanimidad general entre los teóricos del derecho a la hora de reconocer la corrección de la primera de las dimensio-

---

<sup>23</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., p. 176.

<sup>24</sup> M. KRAMMER, «Scrupulousness without scruples. A critique of Lon Fuller and his defenders», *Oxford Journal of Legal Studies*, 18, Summer, 1998, pp. 238-239.

<sup>25</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., pp. 179-180.

<sup>26</sup> *Ibidem*, cit., pp. 179-80.

nes señaladas, a la que únicamente se objeta que no es completa<sup>27</sup>. Los críticos de Fuller no discuten que los ocho cánones mencionados sean condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico<sup>28</sup>. Hart, Dworkin, Cohen y, posteriormente, Sartorius o Raz, coinciden con Fuller en que sin un mínimo respeto de las directivas del *rule of law* no puede afirmarse la existencia de un sistema jurídico<sup>29</sup>. Pero todos ellos creen que la segunda pretensión es inaceptable: ni los principios de la moral interna, ni su seguimiento poseen ninguna dimensión ética. Por tanto, no hay ninguna conexión necesaria entre el derecho y la moral<sup>30</sup>.

Una de las principales y más reiteradas críticas dirigidas contra el pretendido carácter moral de las exigencias de la moralidad interna gira en torno a la confusión y paradojas que conlleva postular el valor ético de un sistema jurídico tomando como única referencia la estructura formal y funcional del mismo. Por sí sola, esta última sería insuficiente y, en ciertas ocasiones, innecesaria para predicar la moralidad ya que la atribución a una norma o decisión de dicha cualidad sólo puede llevarse a cabo atendiendo a los contenidos y consecuencias de la misma. Y lo cierto es que la moral

---

<sup>27</sup> Para R. Summers, Fuller ofrece una lista de patologías incompleta al ver el derecho exclusivamente desde la perspectiva del legislador, ignorando que un sistema jurídico puede fracasar no sólo por no cumplir los ocho cánones que aquél señala, sino, igualmente, por existir fallos en la creación, interpretación o ejecución de las normas jurídicas. R. SUMMERS «Professor Fuller on Morality of Law», cit., p. 123. En defensa de Fuller cabe aducir que, si bien es cierto que en *The Morality of Law* presta casi exclusivamente atención a la moral interna de la ley, en otros trabajos anteriores y posteriores aborda los problemas y exigencias propias de la moral interna de la aplicación del derecho. Vid. L. FULLER, «Reason and Fiat in Case Law», *Harvard Law Review*, 59, 1946, pp. 376-395; íd., «The Forms and Limits of Adjudication», *Harvard Law Review*, 92, 1978, pp. 353-408.

<sup>28</sup> K. WINSTON, «Introduction», en L. FULLER, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon Fuller*, Duke Press, Durham, 1981, p. 35.

<sup>29</sup> Dworkin acepta la conclusión de Fuller de que algún grado de respeto a los ocho cánones jurídicos es necesario para producir (o igual de importante, para aplicar) cualquier Derecho, incluso un mal Derecho. R. DWORKIN, «Philosophy, Morality and the Law - Observations prompted by Professor Fuller's novel claim», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1965, p. 669. Por su parte, Cohen sostiene que el modelo de Fuller representa «un punto de partida tolerable para configurar un conjunto de condiciones necesarias para la existencia de un ordenamiento jurídico moderno ... Se podría discutir la lista de Fuller, pero no cabe duda de que alguna lista de este tipo es correcta». M. COHEN, «Law and Purpose», *Villanova Law Review*, 10, 1965, p. 648. Para Sartorius, «uno debe estar seguramente de acuerdo con él en que un fracaso total a la hora de satisfacer cualquiera de estos criterios, o un fracaso lo suficientemente importante en satisfacer un número de los mismos, sería descrito como "no derecho en absoluto"». R. SARTORIUS, *Individual conduct and social norms*, cit., p. 166. Por su parte, Raz cree que «la mayoría de los principios enumerados anteriormente no pueden ser violados a la vez por cualquier sistema jurídico». J. RAZ, «The Rule of Law and its virtue», en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 223.

<sup>30</sup> P. P. NICHOLSON, «The internal morality of Law: Fuller and his critics», cit., p. 312.

interna, si bien ofrece razones para proporcionar dimensiones formales de justicia, permanece al margen de la búsqueda de un criterio material de justicia<sup>31</sup>. En realidad, sus principios son, como dirá Lyons, amorales<sup>32</sup>. De ahí que Hart, pese a admitir la existencia del tipo de conexión necesaria entre el derecho y la moral defendida por Fuller, termine concluyendo que la misma es insuficiente por ser compatible con una gran iniquidad<sup>33</sup>. Parecería, pues, que las funciones morales desempeñadas por los principios de la legalidad terminarían perdiendo dicha condición al ser superadas y anuladas por la inmoralidad de los contenidos del sistema jurídico. La moralidad o no de la moral interna solo podría establecerse *a posteriori*, una vez constatado que las leyes no son inicuas.

Ni la observancia de la moralidad interna se traduce necesariamente en justicia, ni la adhesión a la misma por parte del legislador ha de ser necesariamente moral. Por el contrario, esta última puede tener un carácter simplemente prudencial y, como tal, sólo perseguir egoístamente la eficacia en el logro de ciertos fines. De ahí que una de las críticas más reiteradas a la conexión entre *la moral interna del derecho* y la justicia sustantiva sea que Fuller incurre en el error de confundir la moralidad con la eficacia<sup>34</sup>. Si los

---

<sup>31</sup> R. ESCUDERO, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, cit., p. 438. Como declara Hart, lo que convierte a una moral de la aspiración en moral no es el hecho de que esté guiada por principios indicativos no perentorios respecto a un fin, sino que dicho fin sea algún desarrollo ideal de las capacidades humanas que se considera que ha de ser un valor supremo en la conducción de la vida. H. L. HART, «Lon Fuller: *The Morality of Law*», cit., p. 351.

<sup>32</sup> Sobre este aspecto se apoya D. Lyons para rebatir las tesis de Fuller. Según el primero, no puede admitirse la conexión que establece el segundo entre el deterioro de la calidad formal del derecho y la existencia de situaciones de injusticia, percibiendo entre ambas realidades un vacío lógico insalvable. La concurrencia de la primera de estas situaciones no exige ni se traduce necesariamente en injusticias. En realidad los principios de la legalidad son amorales porque lo único que demandan es que el derecho pueda ser obedecido por sus destinatarios. Cualquier otra consecuencia que se derive de su observancia o inobservancia es externa e independiente de la moral legal. D. LYONS, «The internal morality of law», en *Moral aspects of Legal Theory (Essays on law, justice and political responsibility)*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 8-12.

<sup>33</sup> H. L. HART, *El Concepto de Derecho*, cit., p. 255. Por su parte, Raz considera perfectamente compatible el respeto del principio de generalidad normativa con las discriminaciones por motivo de raza, religión, etc. J. RAZ, «The rule of law and its virtue», cit., p. 216. Vid. igualmente R. SARTORIUS, *Individual conduct and social norms*, cit., p. 173.

<sup>34</sup> De ahí que no pueda dejar de resultar sorprendente la interpretación de la teoría de Fuller que realiza M. Radin. Según ésta, la concepción de la legalidad defendida por el primero sustenta una concepción instrumental del *rule of law*, en la medida en que expresa un complejo de ideas esencial para la eficacia de cualquier sistema jurídico. Ideales sustantivos como la justicia, la democracia, la autonomía o la dignidad de la persona no aparecen expresamente enunciados. M. RADIN, «Reconsidering the Rule of Law», *Boston University Law Review*, 69, 1989, pp. 784-786. En el mismo tono se expresa S. Paulson, para quien «el supuesto argumento moral que él aduce es reducible a una matriz

principios de la legalidad limitan las acciones del poder, no lo hacen por razones de carácter moral (reciprocidad, equidad, libertad, etc.), sino como simples condiciones que, inevitablemente, ha de reunir un control social que pretenda alcanzar eficacia. En Fuller, esta diferencia parece ausente ya que, como señala Dworkin, se mueve desde el lenguaje de la estrategia al lenguaje de la moral sin el más insignificante intervalo de transición<sup>35</sup>.

Así, Hart centra su crítica a Fuller en demostrar, precisamente, que los principios de la legalidad no son exigencias de carácter moral sino simples principios de «buena artesanía jurídica», y atribuye la concepción moral de dichos principios defendida por Fuller a la confusión entre dos nociones que deben mantenerse separadas: las de «actividad intencional» (*purposive activity*) y «moralidad». Sin duda, envenenar es una actividad intencional y una reflexión sobre sus fines puede mostrar que tiene sus principios internos. Por ejemplo, debe evitarse el uso de venenos que, aun siendo letales, provoquen el vómito de la víctima. Pero llamar «la moralidad del envenenamiento» a estos principios del denominable como «el arte del envenenamiento», difuminaría la distinción entre la noción de eficacia respecto a un objetivo y aquellos juicios finales sobre las actividades y sus propósitos con los que la noción de la moralidad, en sus distintas formas, está relacionada<sup>36</sup>.

En conclusión, aunque no todos los autores coinciden en que Fuller esté defendiendo una conexión necesaria entre el derecho y la moral<sup>37</sup>, lo

---

medios-fines, apareciendo la eficiencia como único criterio dominante». S. PAULSON, «Teorie giuridiche e Rule of Law», cit., p. 253.

<sup>35</sup> R. DWORKIN, «Philosophy, Morality and Law», cit., p. 670. Esta falta de claridad contrastaría, según este autor, con el comienzo de *The Morality of Law*, en el que afirma que el descontento existente en la literatura acerca la relación entre el derecho y la moral. Según Fuller, una de las razones del mismo sería la falta de claridad del concepto mismo de moral.

<sup>36</sup> H. L. HART, «Lon Fuller: *The Morality of Law*», cit., p. 350. En un mismo sentido se expresaba Summers al sostener que los ocho principios de la legalidad pueden ser vistos como «máximas de eficacia jurídica», y que las máximas de este tipo no están, como tales, conceptualmente conectadas con la moralidad. Si una persona maneja una máquina ineficazmente, el resultado es la ineficiencia, no la inmoralidad. R. SUMMERS, «Professor Fuller on Morality and Law», cit., p. 129. También Lyons rechaza el carácter moral de los principios de la legalidad. En su opinión, «Fuller tiene cierta razón al llamar "moral" a este conjunto de principios que regulan tales actividades humanas, pero el término se presta a equívocos, ya que los principios no se relacionan con la equidad, la justicia u otras pautas morales. Se refieren a la *efectividad* y no se pueden expresar en términos de moral. No consideraríamos que un asesino estuviera violando unos principios morales si demostrase ser inepto o incapaz de cumplir su misión asesina. Del mismo modo, tampoco Fuller nos da pie para creer que quienes legislan unas normas imposibles de cumplir actúan de una manera injusta». D. LYONS, *Ética y Derecho*, trad. de M. Serra, Ariel, Barcelona, 1986, p. 85.

<sup>37</sup> Vid. D. BRUDNEY, «Two links between Law and Morality», 103, *Ethics*, January, 1993, p. 284.

cierto es que esta última es la interpretación más extendida de su teoría. De ahí que el objetivo fundamental de las críticas reseñadas no sea otro que poner de manifiesto no tanto la dificultad como la imposibilidad de hablar de los principios del *rule of law* como exigencias intrínsecamente morales<sup>38</sup>.

#### 4. LA RÉPLICA A LOS CRÍTICOS: FULLER Y SUS DEFENSORES

La atracción inicialmente ejercida por la teoría de Fuller quedó pronto oscurecida por las críticas reseñadas en la sección anterior que, no en vano, pusieron de acuerdo a voces tan ilustres pero —como se demostraría años más tarde— seriamente encontradas de la filosofía jurídica contemporánea como Hart, Dworkin o Summers. No sabemos si por el prestigio de sus oponentes o por la práctica unanimidad mostrada para rebatirlos, lo cierto es que los argumentos de los que Fuller se vale para replicar a sus críticos no resultan del todo satisfactorios<sup>39</sup>, y, en la mayoría de los casos, poseen más el carácter de una intuición que las cualidades de un verdadero razonamiento. Intuiciones que, no obstante, han servido para que, a lo largo de los últimos diez o quince años y de un modo más o menos explícito, se hayan perfilado nuevos y mejores argumentos con los que defender algunas de las tesis centrales de Fuller. De ahí que resulte interesante combinar la propia defensa de Fuller con otras posteriores a la hora de analizar hasta qué punto tienen razón Hart, Dworkin y, en general, quienes rechazan frontalmente el valor moral de los principios de la legalidad.

##### a) La prioridad de lo razonable

La primera defensa de dicho valor moral resulta de una combinación de los argumentos de la *afinidad* y la *reciprocidad* antes comentados. Dicha combinación ha llevado a autores como Finnis, Summers o Simmonds a considerar que el rechazo del valor moral de la legalidad no puede apoyarse en el hecho de que la adhesión a los principios del *rule of law* sea, desde un

<sup>38</sup> P. NICHOLSON, «The internal morality of Law: Fuller and his critics», cit., p. 317

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 307.

punto de vista lógico, neutral respecto a la moralidad de los fines. Si bien es cierto que no hay escapatoria para la objeción de que la satisfacción de los requisitos del *rule of law* es conceptualmente compatible con la elaboración de leyes injustas en sus contenidos, plantear esta cuestión como una cuestión lógica representa, sin embargo, un error<sup>40</sup>. Nuestro interés no debe centrarse en lo lógicamente posible, sino en lo que es razonable que suceda. Y, siendo razonables y no puramente lógicos, «debemos pensar que una tiranía dedicada a fines perniciosos no tiene suficientes razones para someterse por sí misma a la disciplina de actuar de un modo consistente a través del exigente proceso jurídico, admitiendo que el aspecto racional de tal autodisciplina es el mismo valor de la reciprocidad, de la imparcialidad y del respeto a las personas que el tirano, *ex hypothesi*, desprecia ... Ninguna clase de tiranía puede encontrar en sus objetivos racionalidad alguna para adherirse (como no sea táctica y superficialmente) a la disciplina de la legalidad, ya que tales regímenes se preocupan de obtener determinados resultados y no de ayudar a las personas a constituirse en comunidad»<sup>41</sup>.

La prioridad de lo razonable frente a lo lógico también había sido defendida, si bien de un modo menos preciso, por el propio Fuller a la hora de mostrar su escepticismo ante la posibilidad histórica señalada por Hart de regímenes que combinaran una fiel adhesión a las exigencias de la legalidad y una enorme iniquidad. Fuller reconoce que no existe ninguna contradicción lógica en la idea de perseguir fines perniciosos, o al menos ciertos fines de este tipo, a través de medios que respeten plenamente las exigencias de la legalidad. Sin embargo, considera que este tipo de posibilidad lógica no merece nuestro interés, ni supone en la práctica la negación del valor moral del *rule of law*. Lo verdaderamente interesante no es lo lógicamente posible sino lo que es razonable que suceda en el mundo en que vivimos, pues, al fin y al cabo, sólo podemos vivir en este mundo y, en el mismo, el derecho siempre presenta un valor moral. Es tal su escepticismo frente a la posibilidad lógica de una tiranía que respete los ocho cánones de la legalidad, que lo califica de una verdadera situación de ficción, en nada parecida a los hechos prosaicos de la vida humana en los que deberíamos centrarnos<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> R. SUMMERS, «A formal theory of the Rule of Law», *Ratio Juris*, 6, 1993, p. 140.

<sup>41</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 273-274.

<sup>42</sup> L. FULLER, «A reply to professors Cohen and Dworkin», *Villanova Law Review*, 10, Summer, 1965, p. 664. Como he señalado en otro trabajo, con la prioridad de lo razonable frente a lo lógi-

## b) El valor autónomo de la certeza jurídica

Una segunda línea de defensa de los principios de la legalidad gira en torno al valor ético de las funciones de seguridad jurídica que éstos desempeñan. Gracias a los mismos, los individuos pueden saber a qué atenerse respecto al derecho y actuar confiadamente de acuerdo con sus disposiciones a la hora de desarrollar un plan de vida. La importancia que la publicidad, la generalidad, la estabilidad, la irretroactividad, etc., poseen para proporcionar seguridad jurídica parece, por tanto, fuera de toda duda<sup>43</sup>, al igual que su dimensión moral como exigencias que crean algunos presupuestos necesarios de la libertad y la igualdad.

El estudio de estas consecuencias o efectos morales que se derivan de la observancia de los principios de la legalidad es, precisamente, la vía que sigue R. Escudero a la hora de intentar la que «puede ser la última oportunidad para alegar a favor de la conexión entre *la moral interna del derecho* y la justicia de los sistemas jurídicos»<sup>44</sup>. En concreto, este autor habla de tres consecuencias morales derivadas de ese respeto: la creación de justicia formal, la limitación del poder y el respeto de la autonomía individual. Hablar de una conexión basada en este tipo de consecuencias supone, sin duda, negar la existencia de un vínculo conceptual entre el derecho y la justicia, y defender, por el contrario, el carácter empírico del mismo. Sin embargo, quedaría por señalar qué tipo de conexión empírica se está defendiendo: si puramente contingente o necesaria. Cabe deducir que este autor acepta la existencia de un vínculo del primer tipo al sumarse a la crítica de Hart de que el respeto de *la moral interna del derecho* es compatible con una gran iniquidad.

---

co, Fuller vendría a defender una conexión necesaria pero no conceptual entre los principios del *rule of law* y la justicia. Vid. *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 147-150. Para la defensa de esta interpretación del pensamiento de Fuller, vid. K. FÜBER, «Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling», en R. P. GEORGE (ed), *The Autonomy of Law*, Clarendon, Oxford, 1992, p. 131; R. GEORGE WRIGHT, «Does Positivism Matter?», en R. P. GEORGE (ed), *The Autonomy of Law*, cit., p. 63.

<sup>43</sup> Para Pérez Luño, esas ocho condiciones que establece Fuller equivalen todas ellas a «exigencias de seguridad jurídica». A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 22. De la misma opinión es J. Habermas para quien la teoría de Fuller desarrollaría las exigencias de una concepción clásica de la seguridad jurídica. J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 220. Sobre la función de seguridad jurídica desempeñada por cada una de las exigencias de la moral interna del derecho, vid. R. ESCUDERO, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, cit., pp. 202-210.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 417.

La apuesta por una conexión necesaria precisaría, pues, optar por alguna de estas dos alternativas. La primera –ya analizada–, que resulta improbable por poco razonable, que un régimen dedicado a fines inicuos encuentre razones para respetar la moral interna. La segunda, que se admita que el hecho de ser compatible con la injusticia no significa que esa seguridad jurídica que aporta la moral interna pueda desempeñar algunas funciones morales autónomas. Desde este punto de vista, la seguridad frente al derecho y el poder que proporcionan los principios del *rule of law* representaría siempre un valor moral, aun en el caso de que los contenidos del sistema jurídico sean manifiestamente inicuos. Lo que conduce a apostar por que la seguridad jurídica, pese a ser en su origen una condición de la justicia<sup>45</sup>, puede ser también valor moral independiente de ésta. Se vendría a poner así de manifiesto que la moralidad intrínseca de los principios de la legalidad no ha de tomar como referencia la justicia material de las leyes sino la existencia de algún tipo de función que quepa calificar por sí misma como moral. El hecho de que este valor moral pueda ser superado por una mayor o menor iniquidad no significa, tal y como apunta S. Harwood, que cuando es superado desaparezca<sup>46</sup>.

Pero ¿cuál es ese valor moral? Con toda seguridad, una de las mejores respuestas a este interrogante es la que nos ofrece R. Summers en los siguientes términos:

«El cumplimiento en un grado suficiente de los principios de la legalidad garantiza necesariamente, y en la medida de tal cumplimiento, la realización de un valor moral, incluso cuando el contenido de la ley en cuestión resulte ser malo. Ese valor moral es el siguiente: los principios de generalidad, claridad, irretroactividad, etc., aseguran que el ciudadano pueda tener *una oportunidad justa de obedecer una ley injusta*. Aunque deba admitirse que la elección consista en obedecer o no una ley injusta, el ciudadano tendrá al menos una oportunidad justa de decidir al respecto y para actuar en consonancia.

---

<sup>45</sup> Como declara el propio Fuller, la moral interna del Derecho «es una condición necesaria aunque no suficiente para que se cumpla la justicia». L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., p. 185.

<sup>46</sup> S. HARWOOD, «Conceptually necessary links between law and morality» en W. KRAWIETZ, N. MACCORMICK y G. H. VON WRIGHT (eds), *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems*, Duncker and Humboldt, Berlin, 1994, p. 152. Creo que, tal y como indicara Radbruch, eso sólo ocurriría cuando se supere un umbral de injusticia que haga que, en comparación con el mismo, la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo no represente ya nada. G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 44. Sobre las relaciones entre algunas de las tesis más conocidas de Radbruch y Fuller, vid. S. PAULSON, «L. Fuller, G. Radbruch, and the “Positivist” Theses», *Law and Philosophy*, 13, 1994, pp. 313-359.



Esto posee, en sí mismo, valor moral aun cuando el contenido de lo que el Estado hace al ciudadano por medio del derecho sea inmoral»<sup>47</sup>.

En esta oportunidad justa de obedecer una ley injusta de la que habla Summers habría, pues, una mínima aunque rudimentaria noción de justicia<sup>48</sup>, un valor parcialmente redentor<sup>49</sup>, ya que, al menos, posibilita conocer *a priori* el punto límite hasta el que se puede avanzar sin sufrir sanciones o restricciones en la libertad personal<sup>50</sup> y defenderse, pues, de la iniquidad<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> R. SUMMERS, *Lon Fuller*, Eduard Arnold, London, 1984, p. 37 (la cursiva es añadida).

<sup>48</sup> Waldron considera que nada impediría sostener que incluso bajo el dominio de un poder tiránico que, por cualquier razón, actúe dentro del *rule of law*, existen algunas ventajas encuadrables en una cierta noción de justicia. Por un lado, habrá, al menos, algunos valores y principios en la cultura oficial a los que los ciudadanos podrán apelar en sus reclamaciones contra la injusticia, y algunas tensiones que pueden explotar para derrocar al régimen. Por otro lado, una aplicación eficaz de las leyes tiene, al menos, la virtud de establecer un *pacto de reciprocidad* entre los agentes del Estado y quienes se encuentran bajo su autoridad. Por supuesto, si las leyes son por su contenido opresivas, esta «obligación» o «reciprocidad» posee todas las virtudes de una relación entre el delincuente que lleva escrupulosamente a cabo su amenaza y su víctima. En cualquier caso, «ello prefigura, al menos de un modo rudimentario, el tipo de relación que debería obtenerse entre el legislador y los ciudadanos». J. WALDRON, «The Rule of Law in the Contemporary Liberal Theory», *Ratio Juris*, núm. 1, vol. 2, marzo, 1989, pp. 93-94.

<sup>49</sup> MacCormick defiende el valor independiente del *rule of law* señalando que «tratar a las personas como agentes racionales y aplicarles con justicia cualquier estándar de conducta es un valor real y un valor independiente, incluso donde el contenido de las leyes se acerque poco a cualquier ideal relevante de justicia sustantiva. Es una señal de un mundo que camina hacia la locura que uno pueda dar la bienvenida a algo en sí mismo perverso (la arbitrariedad en la mayor de las crueldades) como mitigación parcial de un mal mayor. Sin embargo, es en los casos de manifiesta injusticia donde resulta más fácil de apreciar que la imparcialidad a través de la legalidad puede ser un valor parcialmente redentor, incluso cuando el orden jurídico en su conjunto deba considerarse injusto». N. MACCORMICK, «The Separation of Law and Morals» en R. P. GEORGE (ed), *Natural Law Theory*, cit., p. 147; ídem, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 63-64.

<sup>50</sup> G. CONSO, «La certezza del diritto: ieri, oggi, domani», *Rivista di Diritto Procesuale*, 1970, p. 547. Frente a estas opiniones, Raz observa en el valor meramente defensivo del *rule of law* la razón para negarle carácter moral. Dado que el derecho puede crear, inevitablemente, un gran peligro de arbitrariedad en el poder, el *rule of law* está concebido para *minimizar el peligro creado por el mismo derecho*. Por tanto, aquél es un valor negativo en un doble sentido: el seguimiento del mismo no causa ningún bien, excepto el de evitar el mal, el cual sólo podría haberlo causado el propio derecho. Que el derecho no pueda sancionar la fuerza arbitraria o las violaciones de la libertad y la dignidad a través de una total ausencia de generalidad, irretroactividad o claridad, no es un crédito moral para el mismo. Sólo significa que hay algunas clases de males que no pueden ser perseguidos a través del derecho. Sin embargo, eso no le concede ninguna virtud, del mismo modo que no hay ninguna virtud en un derecho que no deja matar ni robar. J. RAZ, «The rule of law and its virtue», cit., p. 225.

<sup>51</sup> Simmonds propone que imaginemos dos regímenes, A y B, ambos igual de responsables de violar distintos tipos de derechos humanos. El régimen A opera mediante leyes públicas y claras, aplicadas consistente y escrupulosamente, mientras que el régimen B actúa con el apoyo de una legislación retroactiva, actos ilegales de violencia pública, juicios y leyes secretas, etc. ¿Hay algún valor

Esta eticidad independiente o autónoma de la seguridad jurídica<sup>52</sup> viene, en realidad, a expresar la moralidad intrínseca y específica de todo orden que pueda ser calificado como un sistema jurídico<sup>53</sup>. No en vano, lo que diferencia a éste de cualquier otra forma de control social es, precisamente, que hace posible la obediencia de sus directivas. Sin el respeto del elenco de principios señalados por Fuller no es que quepa ya hablar de una oportunidad justa de obedecer al derecho sino, en general, de una oportunidad. De existir, como defienden los autores señalados, razones para percibir en la concurrencia de la misma una dimensión ética, entonces no habría duda de la presencia de una conexión necesaria entre la moralidad interna y la justicia.

### c) El liberalismo

Una vía diferente para defender la eticidad de los principios de la legalidad podría centrarse en la consideración moral del propio derecho. Esta posibilidad ya había sido apuntada por Hart cuando, tras criticar la

---

moral en el respeto por parte de A del *rule of law*? Esta claro que lo hay. Cuando los poderes públicos actúan de conformidad con los ocho principios hacen que su conducta sea pública y previsible. Ello supone que el ciudadano que desea evitar la interferencia oficial sabe hasta dónde puede avanzar sin encontrarse esa interferencia. Esto proporciona el grado de orden y regularidad necesario para el despliegue de una actividad creativa y emprendedora. N. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet & Maxwell, London, 1986, p. 123. De ahí que, según Rawls, «incluso en el caso de que las leyes e instituciones sean injustas, a menudo es mejor que sean aplicadas de manera consistente. De este modo aquellas personas sujetas a ellas saben al menos lo que se les exige y pueden en esa medida protegerse a sí mismos; mientras que habría incluso mayor injusticia si aquellos que están en una posición desventajosa fueran tratados también arbitrariamente en casos particulares en los cuales las normas les darían alguna seguridad». J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, trad. de M.ª Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México, 1978, pp. 80-81.

<sup>52</sup> Según Garzón Valdés, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que respetar: el de la seguridad jurídica. La historia presenta una enorme variedad de sistemas en los que el respeto de la dignidad humana ha tenido una variada intensidad, sin que por ello la seguridad jurídica se haya visto afectada. E. GARZÓN VALDÉS, «Derecho y Moral», en E. Garzón Valdés y F. Laporta (eds), *El Derecho y la Justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Ciencias Sociales, Trotta, Madrid, 1996, p. 402. En contra de esta opinión vid. A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 58; A. PECZENICK, *Derecho y razón*, trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 2000, pp. 135-136. Ambos consideran absurdo e incompatible con el Estado de Derecho llamar a este tipo de predecibilidad frente a la iniquidad «seguridad jurídica».

<sup>53</sup> Flavio López de Oñate describía la seguridad jurídica como la «específica eticidad del derecho». Vid. F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del derecho*, trad. de M. Ayurro y S. Sentís, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 177-183.

confusión entre moralidad y eficacia para un determinado fin, terminaba señalando que «sólo si el propósito de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas, con independencia del contenido de éstas, fuese un valor último, podría cobrar sentido clasificar a los principios de la legalidad como una moralidad»<sup>54</sup>. Una posibilidad que, empero, no parecía desprenderse claramente de la definición del derecho ofrecida en la primera edición *The Morality of Law* que, como reconoce el propio Fuller, poseía un carácter modesto y que, atendiendo únicamente a su tenor literal, no sería muy distinta de la de Hart.

Sin embargo, desde las primeras líneas de «A Reply to Critics», Fuller dará a esa definición un desarrollo y significado con mayor carga moral. Allí insistirá en que los principios de la legalidad no son constitutivos de cualquier tipo de orden o control social por medio de reglas, sino de uno que tiene por fin orientar a los individuos y constreñir moralmente a quienes pueden abusar del poder<sup>55</sup>. Funciones que sólo son percibibles cuando se contempla al derecho como el producto de una relación de reciprocidad entre el legislador y los ciudadanos, en la que estos últimos participan como sujetos dotados de dignidad y autonomía. Una perspectiva ausente entre sus críticos iuspositivistas debido a su incapacidad para abandonar una concepción imperativista del derecho. Lo cierto es que con el reconocimiento explícito de un concepto moral de sistema jurídico se va producir un giro e importante evolución en los fundamentos sobre los que sustenta Fuller la defensa de la moralidad de los principios del *rule of law*. Si hasta ahora eran éstos los que, con su dimensión constitutiva a la vez que ética, parecían articular una conexión necesaria entre el derecho y la moral<sup>56</sup>, es ahora el propio derecho el que, investido de un mayor rango moral, vendría a proporcionar esa misma cualidad a los ocho cánones.

Un dato que parecen ignorar sus principales críticos<sup>57</sup> es que el compromiso de Fuller con esta concepción del derecho permite contextualizar de un modo sustancialmente diferente el significado de su teoría general

<sup>54</sup> H. L. HART, *Lon Fuller: The Morality of Law*, cit., p. 351.

<sup>55</sup> L. FULLER, «A reply to professors Cohen and Dworkin», cit., p. 637.

<sup>56</sup> Como señala, Summers, si los ocho principios constituyen una moralidad, entonces está claro que el derecho y la moral están irremisiblemente unidos. Si el derecho posee una moralidad interna, entonces esa moralidad y el derecho no pueden ser separados. Y los esfuerzos positivistas por hacerlo no son ya sólo difíciles sino mal concebidos. R. SUMMERS, «Professor Fuller on Morality and Law», cit., p. 127.

<sup>57</sup> Vid. K. WINSTON, «Introduction», cit., p. 33.

sobre las relaciones entre el derecho y la moral. Dicho contexto no es otro que el del liberalismo, desde cuyas coordenadas jurídicas, políticas y antropológicas debería ser interpretada y valorada la teoría de *la moral interna del derecho*<sup>58</sup>. Aunque haya sido seriamente cuestionada por alguno de sus críticos<sup>59</sup>, lo cierto es que esta filiación liberal permite enfocar de un modo sustancialmente diferente su defensa de una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Cabría pensar que Fuller no estaría defendiendo el carácter moral de los principios de la legalidad en cualquier sistema jurídico sino, de un modo más restringido, sólo en aquellos ordenamientos fundados en los valores del liberalismo clásico, cuyas preocupaciones, tal y como apunta J. Boyle, incorpora dentro de la idea de derecho. Y es que, de acuerdo con Cassels, la diferencia entre Fuller y sus críticos no reside en la forma en que ambos describen el sistema jurídico, sino en los compromisos morales y epistemológicos suscritos por cada uno de ellos<sup>60</sup>. Es decir, ambos coinciden en la descripción de la estructura formal del sistema jurídico, pero difieren en los presupuestos e implicaciones existentes tras esa imagen del derecho. Unos compromisos que, además, vendrían a cuestionar el escepticismo ético que suele achacársele a Fuller<sup>61</sup>, ya que, en realidad, éste suscribe una teoría de la justicia que no es meramente procesal sino que impone límites morales y jurídicos al poder<sup>62</sup>. Una serie de compromisos implícitos que permitirían sostener, pues, que *la moral interna del derecho* no permanece al margen de la bús-

<sup>58</sup> J. BOYLE, «Legal realism and the social contract: Fuller public jurisprudence of form, private jurisprudence of substance», *Cornell Law Review*, 78, 1993, p. 393.

<sup>59</sup> Para Krammer, «la concepción de Fuller es provinciana ya que excluye la designación como sistema jurídico de cualquiera que no sea liberal, embarcándose así en una estipulación arbitraria y desproporcionada. Al rechazar la inclusión de cualquier sistema de gobierno sin valor moral en su concepción del derecho, se puede válidamente concluir que éste posee un valor moral intrínseco. Sin embargo, esto supone entrar en un juego estipulativo en absoluto inocente. El sentido común se muestra reacio a admitir esta concepción estrecha y tendenciosa de la legalidad. Si un sistema no liberal de gobierno exhibe todos los rasgos formales de un sistema jurídico contenidos en los ocho preceptos de Fuller, entonces la «aliberalidad» del esquema difícilmente es, por sí misma, una razón adecuada para privarle de la designación como derecho». M. KRAMMER, «Scrupulousness Without Scruples...», cit., p. 247.

<sup>60</sup> J. CASSELS, «Lon Fuller: Liberalism and the limits of Law», cit., p. 331.

<sup>61</sup> Vid. A. D'AMATO, «Lon Fuller and Substantive Natural Law», *The American Journal of Jurisprudence*, 28, 1981, p. 210.

<sup>62</sup> La teoría de la justicia de Fuller se situaría en un punto intermedio entre el relativismo weberiano y el sustantivismo del iusnaturalismo tradicional. Vid. D. SCIULLI, *Theory of societal constitutionalism (Foundations of societal constitutionalism)*, Cambridge University Press, 1992, pp. 115-117; J. CASSELS, «Liberalism and the limits of Law», cit., pp. 332-333.

queda de un criterio material de justicia sino que introduce dimensiones de esta última<sup>63</sup>.

Uno de los elementos nucleares del pensamiento fulleriano es, tal y como veíamos con anterioridad, su compromiso con una concepción del sujeto del derecho como un agente dotado de dignidad y autonomía que, en la línea de la más pura tradición kantiana, debe ser siempre visto como un fin en sí mismo y nunca como un medio. Una imagen del hombre que, como declara el propio Fuller, se convierte en el verdadero fundamento del orden jurídico<sup>64</sup>. Éste no cree, sin embargo, que para proteger y garantizar esa dignidad y autonomía sea preciso ir más allá del derecho en sí mismo considerado, esto es, de la empresa que tiene como fin producir reglas que orienten a los ciudadanos. Para llegar a esta conclusión se precisa asumir, no obstante, dos presupuestos en absoluto evidentes. El primero, atribuir un sentido moral fuerte a la capacidad del ser humano para comprender y obedecer reglas. El segundo, considerar que, por el mero hecho de existir y funcionar correctamente, el sistema jurídico realiza funciones morales relacionadas con la protección de dicha autonomía y dignidad. Una doble presuposición que sólo cabe asumir desde la óptica del liberalismo clásico.

Por lo que a la primera de las premisas consignadas se refiere, ha de señalarse que la dignidad humana que, según Fuller, resulta lesionada por toda desviación de los principios de la moralidad interna toma únicamente como referencia la capacidad para comprender y obedecer normas y no otras exigencias morales más fuertes de carácter sustantivo. Al discurrir así, parece estar asumiendo que el reconocimiento del ser humano como un agente racional conduce al legislador a tratarlo como un sujeto moral y a dictar, en consecuencia, leyes justas<sup>65</sup>. Es decir, Fuller está asumiendo

---

<sup>63</sup> Sobre la trascendencia de estas implicaciones vid. R. ESCUDERO, *Positivismo y Moral Interna del Derecho*, cit., p. 440.

<sup>64</sup> Vid. L. FULLER, *Anatomy of the Law*, Greenwood Press, Connecticut, 1968, p. 3.

<sup>65</sup> Frente a esta opinión de Fuller, D. Brudney estima que de la consideración del hombre como sujeto racional no se desprende más que las dos siguientes características de los sistemas normativos: que pueden ser motivados valiéndose de castigos relativamente distantes y que poseen recursos lingüísticos suficientes para la comprensión de nuevas normas. Por tanto, el reconocimiento de que los seres humanos poseen tales características no impone necesariamente límites a los contenidos del sistema jurídico. D. BRUDNEY, «Two links between Law and Morality», cit., pp. 284-285. En opinión de M. Krammer, Fuller estaría confundiendo la noción de autodeterminación como una condición cognitiva con la de autodeterminación como una cuestión política y moral. Las normas jurídicas tratan normalmente con los ciudadanos en un sentido cognitivo, presentando requerimientos y prescripciones que deben ser tenidas en cuenta por personas con capacidad para elegir hacerlo. Pero este reconocimiento general de la autonomía cognitiva no entronca con el ideal político

implícitamente que toda toma en consideración de los ciudadanos destinatarios de las leyes se enmarca en una relación de paridad con los mismos que, a su vez, deriva de su consideración como sujetos morales. La sobredimensión de las capacidades intelectivas del ser humano, hasta el punto de convertirlas en el fundamento de su personalidad moral, explica, pues, que la producción de leyes comprensibles y obedecibles por los ciudadanos, o, lo que es lo mismo, de leyes respetuosas con *la moral interna del derecho*, conduzca a que el contenido de éstas sea justo.

En relación con el segundo de los presupuestos señalados, es palpable la convicción de Fuller de que el sistema jurídico, con independencia de sus contenidos y fines sustantivos, supone la realización de una cierta noción de justicia o legitimidad<sup>66</sup>, de la cual es muy revelador su diagnóstico de que «gran parte del mundo de hoy necesita el derecho, más que un buen derecho»<sup>67</sup>. El gobierno por medio del derecho no es, en consecuencia, una manifestación del poder sino la primera condición de la libertad, ya que su forma normativa, correctamente estructurada y gestionada de acuerdo con los principios del *rule of law*, proporciona a los individuos autonomía para conducir sus planes de vida. Esta última es, sin duda, la mentalidad dominante en el liberalismo de Kant y Locke, si bien integrada en una teoría de la justicia más amplia basada en la defensa de los derechos naturales. Serán Fuller y, sobre todo, Hayek quienes lleven más lejos dicha conexión. El primero, atribuyendo una calidad moral intrínseca a los principios que permiten configurar una estructura jurídica respetuosa con la autonomía individual. El segundo, sobredimensionando el peso moral de la autonomía dentro del valor más amplio de la libertad individual y del concepto mismo de justicia<sup>68</sup>. Un liberalismo que intenta una salida al *impasse* al que el relativismo weberiano había conducido al positivismo jurídico, buscando en el derecho y, sobre todo, en ciertas cualidades formales del mismo, una dimensión incontrovertida y universal de justicia<sup>69</sup>.

---

y moral de la autonomía. La autonomía en el primero de los sentidos puede ser el vehículo típico para una empresa que otorga escasa atención al segundo tipo de autonomía. M. KRAMMER, «Scrupulousness Without Scruples», cit., pp. 245-246.

<sup>66</sup> D. LYONS, «The internal morality of Law», cit., p. 2.

<sup>67</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., p. 173.

<sup>68</sup> Vid. F. A. HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, Clarendon Press, Oxford, 1961, en especial, pp. 153-155.

<sup>69</sup> Para J. Boyle, si Fuller se limita a extraer requerimientos formales del contrato entre el legislador y los ciudadanos, ello obedece a que su teoría se desarrolla en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. En el mismo, resultaba difícil encontrar una concepción del *rule of law* que no pare-

Sólo desde las premisas aludidas cobra sentido la un tanto misteriosa afirmación de Fuller de que «no puede haber una base racional para aseverar que existe una obligación moral de obedecer una norma legal que no existe o que se mantiene en secreto»<sup>70</sup>. Si el respeto de los principios de la legalidad lleva implícito un reconocimiento de la personalidad moral del ser humano, entonces el deber que éste posee de obedecer el derecho también pertenece al ámbito de la moralidad. Aunque, en realidad, el camino por el que discurre Fuller es más bien el contrario, ya que parte de la existencia de esa obligación entre los ciudadanos y considera que la misma debería ser tratada como un dato fijo en la definición de derecho:

«Como merecedor de lealtad, el derecho debe representar un logro humano; no puede ser un simple *fiat* del poder o una pauta repetitiva discernible en el comportamiento de los funcionarios públicos... Si las leyes, incluso las inicuas, reclaman nuestro respeto, entonces el derecho debe representar alguna dirección general del esfuerzo humano que podamos entender y describir, y que podamos aprobar en principio, incluso en el momento en que nos parece que pierde su identidad»<sup>71</sup>.

Pero ¿consideran realmente los ciudadanos que poseen una obligación moral de obedecer al derecho? Fuller no ofrece ningún dato al respecto, pero lo cierto es que estima que debe tratarse de un deber basado en un sentimiento moral muy fuerte, tanto como para no plantearse la posibilidad señalada por Hart de decidir no obedecer una ley injusta. Esto es, Fuller no admitiría que los ciudadanos puedan adoptar un punto de vista externo frente al derecho y optar no observarlo en alguna de sus leyes<sup>72</sup>. Una opinión que parecen corroborar algunos estudios desarrollados posteriormente en el campo de la sociología jurídica. Así W. Tyler destaca como una de las conclusiones más nítidas de una serie de encuestas realizadas a Chicago durante 1984, en las que se interrogaba a los ciudadanos sobre distintos aspectos de su fidelidad hacia el sistema jurídico y las instituciones, la presencia

---

ciera imponer a todo el mundo la visión de un único país y de una tradición política concreta. La esperanza de Fuller es que una concepción del *rule of law* derivada de un contrato basado en una noción débil de reciprocidad e integrada por exigencias formales y no materiales sería lo suficientemente amplia como para incluir todas las tradiciones políticas, y que ese procedimiento parecería incontestable aun cuando no ocurriera lo mismo con el contenido. J. BOYLE, «Legal realism and the social contract», cit., p. 392, nota 89.

<sup>70</sup> L. FULLER, *La moral del derecho*, cit., p. 49.

<sup>71</sup> L. FULLER, «Positivism and Fidelity to Law», cit., pp. 630 y 632.

<sup>72</sup> F. SCHAUER, «Fuller's internal point of view», cit., p. 209.

tanto en niños como en adultos de un fuerte sentimiento de obediencia al derecho. La mayoría de ellos consideraba la inobservancia de la ley muy o bastante incorrecta y, en general, una violación de su personalidad moral<sup>73</sup>.

Este dato conduce a Waldron a calificar la teoría de *la moral interna del derecho* como una investigación que intenta responder al interrogante acerca de si hay algo en el carácter formal del derecho que permita alimentar y sostener ese sentimiento de fidelidad, alguna fuente de respeto inherente a la legalidad como tal capaz de sobrevivir a una pérdida de fe en los fines sustantivos perseguidos por el legislador. El resultado de dicha investigación apunta a los principios del *rule of law*, en los que se encontraría implícita una concepción de las relaciones entre la autoridad política y los ciudadanos que permite sustentar un deber moral de obedecer al derecho. A diferencia de las órdenes de un superior militar o un manager (en las que cooperación o lealtad hacia las mismas depende de una aceptación entusiasta de los fines perseguidos) las instituciones jurídicas que cumplen las exigencias del *rule of law* poseen una dimensión extra de fidelidad de la que cabe esperar que sea capaz de mantener las instituciones aun cuando los ciudadanos pierdan entusiasmo en sus fines sustantivos<sup>74</sup>. Como venimos insistiendo en este epígrafe, esa dimensión extra no es otra que la relación de reciprocidad entre el legislador y los ciudadanos, de acuerdo con la cual, la obediencia sólo puede ser moral si el primero se dirige al segundo considerándolo un sujeto dotado de dignidad y autonomía.

En definitiva, el liberalismo de Fuller radicaría en el establecimiento de un vínculo profundo entre el concepto de derecho, la obediencia al mismo y la relación existente entre el legislador y los ciudadanos. Se trata o no de la existencia de un sentimiento de fidelidad previo por parte de estos últimos, lo que estaría en juego en la definición del derecho es, de acuerdo con K. Winston, la comprensión correcta de la relación moral entre

<sup>73</sup> W. TYLER, *Why People obey the Law*, Yale University Press, New Haven, 1990, pp. 38-56.

<sup>74</sup> J. WALDRON, «Why Law -Efficacy, Freedom or Fidelity?», *Law and Philosophy*, 13, pp. 259-284. Sobre un presupuesto prácticamente idéntico construye P. Soper su teoría del derecho. Para este autor, preguntar por la naturaleza del derecho tiene interés práctico sólo en la medida en que se puede usar el resultado del análisis para ayudar a contestar el interrogante moral ¿qué debo hacer? Al preguntar si existe una obligación de obedecer al derecho, la cuestión básica consiste en determinar lo que existe en el derecho, en cuanto derecho, para justificar el respeto moral, además de las actitudes normativas establecidas de manera independiente hacia los propósitos que el derecho se propone promover. P. SOPER, *Una teoría del derecho*, trad. de R. Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 72.





el legislador y el ciudadano. La enseñanza del liberalismo es que la calidad de esa relación determina que el ciudadano tenga una obligación de obedecer al derecho<sup>75</sup>.

La intimidad de la conexión entre los principios liberales, el concepto de sistema jurídico y la observancia de los cánones de la legalidad se hace patente en la crucial distinción entre la dirección empresarial (*managerial direction*) y el sistema jurídico, dos formas distintas de ordenación social que implican el control social y la sujeción a una autoridad. Entre ambas existe una diferencia de fondo que Fuller explica de la siguiente manera: «las directivas resultantes en el contexto de dirección empresarial son aplicadas por el subordinado con vistas a servir un objetivo establecido por el superior. Por el contrario, el ciudadano sujeto al derecho no aplica las normas jurídicas para servir fines específicos establecidos por el legislador sino que, más bien, las sigue en la dirección de sus propios asuntos bajo la presunción de que los intereses a los que sirve al hacerlo son los de la sociedad en general. Al contrario de la dirección empresarial, el derecho no trata de dirigir a otras personas para que realicen los objetivos establecidos por un superior sino, básicamente, de dotar a los ciudadanos de una estructura estable y correcta para sus interacciones mutuas, siendo la función de gobierno la de permanecer como guardián de la integridad del sistema»<sup>76</sup>.

Esta diferencia de fondo hace que tanto la dimensión interna como el alcance de la adhesión a los principios de la legalidad varíe entre ambas formas de dirección social. Así, al emitir sus órdenes, un manager sólo tiene que observar prudencialmente cinco de los principios de la moralidad interna si pretende actuar con eficacia. Si el superior ha de asegurar sus objetivos instrumentalizando al subordinado, lo primero de todo, debe comunicar o promulgar sus deseos, dando a éste la oportunidad de conocerlos. Sus directivas deben ser también razonablemente claras, susceptibles de ejecución, carecer de contradicciones y no ser cambiadas tan a menudo que terminen por frustrar los esfuerzos de quienes han de observarlas. En consecuencia, no necesita respetar el resto de principios: ni el de la generalidad de las leyes, ni el de la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada. El principio de irretroactividad carece de relevancia.

A diferencia de la *managerial direction*, la identidad del sistema jurídico descansa en una reciprocidad relativamente estable de expectativas

<sup>75</sup> K. WINSTON, «Introduction», cit., p. 40.

<sup>76</sup> L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 207-212.

entre el legislador y los ciudadanos. De ahí que el principio de congruencia entre la acción oficial y la ley declarada aparezca como el verdadero rasgo esencial de cualquier sistema jurídico basado en el *rule of law*. Aplicar las normas con fidelidad significa, a su vez, que tales reglas adoptarán la estructura de declaraciones generales ya que, si se considera que el derecho ha de permitir a un hombre dirigir sus propios asuntos sujeto a una obligación de observar ciertas restricciones impuestas por la autoridad superior, ello implica que no se le dirá en cada ocasión lo que tiene que hacer. El derecho ofrece una referencia para la acción autónoma, no un conjunto detallado de instrucciones para lograr fines específicos <sup>77</sup>.

Por todo ello, K. Winston considera que Fuller estaría, simplemente, prosiguiendo la preocupación del pensamiento liberal por volver impersonal el ejercicio del poder y proporcionar orientación y guía a los individuos. Para el liberalismo clásico, las normas aprobadas por el legislador merecerían llamarse leyes si cumplen dos condiciones. La primera, estar formuladas en un lenguaje general y referirse, por tanto, sólo a clases de actos o personas, no a actos o personas específicas. La segunda, no establecer la persecución de fines específicos ya que éstos podrían reflejar las preferencias del legislador o una mayoría sobre lo que es justo o bueno <sup>78</sup>. Fuller hace referencia a ambas condiciones en su exposición de los ocho principios y, como veíamos en el párrafo anterior, en «La Réplica a los Críticos», con la distinción entre la *managerial direction* y el sistema jurídico. Sin embargo, tal y como apunta también Winston, no hay indicios de que aquél percibiese que el respeto de dichas condiciones fuese por sí mismo suficiente para garantizar el primero de los fines atribuidos a la legislación. Una evolución que, por el contrario, sí cabe apreciar en Hayek y Rawls, cuando trasladan el valor moral de la generalidad de la estructura formal de la ley propiamente dicha al contexto de imparcialidad en el que —cuando verdaderamente actúa como un velo de ignorancia— aquélla sitúa al legislador.

Por otro lado, al convertir al derecho en un instrumento para facilitar la autonomía individual, Fuller estaría situándose dentro de una tradición liberal que se remonta a Locke, que considera que el derecho y la libertad están íntimamente unidos y que confiere una importancia moral a la función social del legislador <sup>79</sup>. Una concepción de la libertad diferente de la

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>78</sup> K. WINSTON, «Introduction», cit., p. 38-39.

<sup>79</sup> K. WINSTON, «Legislators and liberty», *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 391.

que se remonta a Hobbes y Bentham y que, más recientemente, ha defendido I. Berlin, que la identifica con la ausencia de impedimentos, esto es, con la libertad negativa. Salvo que se posea una gran fe en el orden natural, parece demostrado que la existencia de situaciones de ausencia de restricción exige una sociedad organizada con restricciones, por lo que éstas poseen un valor moral que la idea de libertad negativa desconoce por completo. De ahí que la función del derecho no sea la limitación de la libertad sino, por el contrario, su distribución<sup>80</sup>.

Esta concepción de la libertad permite dirigir correctamente la tarea del legislador y, en general, los profesionales del derecho, que Fuller cifra en el diseño, estructuras y procedimientos que faciliten la cooperación social y ayuden a los ciudadanos a superar sus diferencias de intereses<sup>81</sup>. Según Winston, Fuller recalca esta idea para poner de manifiesto su oposición a la concepción litigiosa (*litigational*) del jurista dominante en su tiempo. Lo que caracteriza a este modelo de profesional del derecho, que tanto alentó el realismo jurídico, es el dominio de una gran capacidad de previsión e influencia en las decisiones de los órganos jurídicos. Ello termina por convertir a los juristas en maestros de una técnica cuyos fines desconocen y al derecho en un medio al servicio de fines externos al mismo. Frente a ello, Fuller apuesta firmemente por una imagen del derecho y de los juristas como arquitectos de estructuras en las que los ciudadanos puedan encontrar orientación y organizar sus relaciones sociales<sup>82</sup>.

El compromiso de los juristas con los fines del sistema jurídico aparece, pues, como una de las claves para una mejor comprensión de la definición del derecho del profesor de Harvard. Como señalábamos unos párrafos atrás, la misma no es descriptiva sino normativa, ya que la concibe como un medio para dar un contenido coherente al sentimiento de fidelidad a las leyes existente entre sus destinatarios. No obstante, tal y como también comentábamos, esta toma en consideración de los ciudadanos a la hora de ofrecer una definición del sistema jurídico no tendrá un desarrollo coherente hasta la «La Réplica a los Críticos». Por el contrario, el concepto de derecho ofrecido hasta entonces (la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas), unido a la definición de *la moral interna del derecho*

<sup>80</sup> Vid. L. FULLER, «Freedom as a problem of Allocating choice», *Proceedings of the American Philosophical Society*, 112, 1968, pp. 101-106.

<sup>81</sup> Vid. L. FULLER, «The Lawyer as an architect of Social Structures», en *The Principles of Social Order*, cit., p. 265.

<sup>82</sup> K. WINSTON, «Legislators and Liberty», cit., pp. 395-396.

como una moralidad del rol<sup>83</sup>, hace palpable que no son tanto los ciudadanos como los juristas los principales destinatarios de dicha definición. Fuller no estaría escribiendo, pues, para quienes observan al derecho desde fuera, sino para los que participan en el mismo: estudiantes, jueces, abogados, etc., los cuales precisan de un concepto que no separe el ser del deber ser, pues sólo así podrían cumplir con su tarea de lograr que el derecho sea todo lo mejor posible<sup>84</sup>. Como no se había cansado de repetir en *The Law Quest in itself*, la función del filósofo del derecho no es otra que la de decidir cómo pueden él y sus colegas, los juristas, emplear su vida profesional; el derecho algo no distinto de «la vida profesional del jurista»<sup>85</sup>, y la definición del mismo un medio para dirigir la aplicación de sus energías.

La insistencia de Fuller y el liberalismo en diseñar estructuras jurídicas que faciliten la autonomía en las relaciones sociales y políticas termina por cambiar el modo de pensar y concebir el derecho. Éste ya no va a ser considerado expresión de un poder situado en una posición de superioridad que utiliza las leyes instrumentalmente para transmitir a los ciudadanos su voluntad, sino una actividad que exige la cooperación entre ambos bajo un principio de reciprocidad. El deber de observancia de los principios del *rule of law*, fundamental para que las leyes puedan ser obedecidas por los ciudadanos y servirles de guías en sus interacciones autónomas, se sitúa, de esta forma, en un contexto más amplio, ya que aparece como expresión de una concepción interactiva del sistema jurídico en la que el legislador y ciudadanos han de tomarse mutuamente en consideración.

La existencia del derecho como un sistema que desempeña eficazmente su función de orientación está supeditada, por tanto, a la capacidad del legislador para diseñar normas que puedan figurar en el razonamiento práctico de los ciudadanos. Ello exige una interacción recíproca en los siguientes términos: por un lado, el legislador ha de poder prever que los ciudadanos aceptarán y observarán habitualmente las directivas que dicte; por otro lado, los sujetos de derecho han de poder anticipar que tales normas gozarán de fuerza práctica real, lo cual exige dos actuaciones por parte del Estado. La primera, que a la hora de juzgar sus acciones, los poderes

<sup>83</sup> L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 193.

<sup>84</sup> F. SCHAUER, «Fuller's internal point of view», cit., p. 290. Sobre la concepción convencionalista de los conceptos de derecho que ve en ellos una respuesta a las necesidades existentes en los diferentes discursos relacionados con el mismo (jueces, abogados, historiadores, antropólogos, etc.), vid. C. S. NINO, *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 32.

<sup>85</sup> L. FULLER, *The Law quest in itself*, Beacon Press, Boston, 1966, pp. 2-3.

públicos actúen de acuerdo con las leyes previamente aprobadas<sup>86</sup>. La segunda, que el legislador desarrolle su actividad de conformidad con las prácticas y modelos de interacción extendidos en la sociedad, anticipando para ello el modo y el lenguaje en el que es probable que sean mejor entendidas por los ciudadanos<sup>87</sup>. Estamos ante las que G. Postema califica como tesis de la *congruencia* y de la *interacción vertical*<sup>88</sup>, y que Fuller contempla como exigencias implícitas en el *rule of law*.

La filiación liberal de la teoría de la *moral interna del derecho* se manifiesta, igualmente, en el contenido y las proyecciones que Fuller confiere al principio de publicidad normativa. Las mismas no se limitan a la publicación de las leyes sino que incluyen, además, en la línea del pensamiento ilustrado y su defensa del llamado uso público de la razón, su discusión y justificación en público. Al igual que el liberalismo clásico, que tan bien se expresa en este punto en Kant<sup>89</sup>, Fuller está animado por una concepción optimista de la discusión y aprobación asamblearia de las leyes como un marco de racionalidad y transparencia capaz, como tal, de constituir un contexto favorable a la elaboración de normas jurídicas justas. No en vano, las reticencias de Fuller en establecer algún fin o contenido ético sustantivo vendrían a mostrar una cierta coincidencia con la fe iluminista en la racionalidad del parlamento como foro de debate y argumentación. Una fe que disipaba cualquier temor de injusticia o arbitrariedad que hiciera aconsejable un control constitucional fuerte (es decir, de acuerdo con parámetros de justicia material expresados como principios o derechos fundamentales) de las leyes.



<sup>86</sup> L. FULLER, «Human interaction and Law», en *The principles of Social Order*, cit., p. 204.

<sup>87</sup> Fuller habla de una interacción no sólo entre las leyes y los individuos sujetos a ellas sino también entre aquellas y el contexto social en el que pretenden proyectarse, entre el proceso legislativo, por un lado, y los procesos sociales tácitos e informales que las medidas pretenden regular y poner en orden. L. FULLER, «The justification of legal decisions», en «Die Juristische Argumentation», *Archiv für Recht und Sozial Philosophie*, 7, 1972, p. 78.

<sup>88</sup> G. POSTEMA, «Implicit Law», *Law and Philosophy*, 13, 1994, pp. 361-387, en especial pp. 368 y ss. Sobre la coordinación entre ciudadanos y entre éstos y órganos jurídicos *vid.* igualmente G. POSTEMA, «Coordination and convention as the foundations of law», *The Journal of Legal Studies*, 1982, pp. 165-203.

<sup>89</sup> *Vid.* I. KANT, *La paz perpetua*, trad. de J. Abellán, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 61 y ss. Sobre la relación entre el liberalismo y el uso público de la razón tal y como es definido por Kant *vid.* S. MACEDO, *Liberal virtues: Citizenship, Virtue and Community in Liberal Constitutionalism*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 78.